

Burgerlijke zaken over 2018
Registratienummer: EJ 2003/2016 – AUA2017H00173
Uitspraak: 22 mei 2018

Vonnisno.:

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

BESCHIKKING

in de zaak van:

de vereniging
FEDERACION DI TRAHADORNAN DI ARUBA,
gevestigd in Aruba,
oorspronkelijk verzoekster,
thans appellante,
gemachtigde: mr. H.G. Figaroa,

tegen

de naamloze vennootschap
EXI-GAMING EXECUTIVE ISLAND GAMING MANAGEMENT N.V.,
gevestigd in Aruba,
oorspronkelijk verweerster,
thans gefintimeerde,
gemachtigden: mrs. J.M. de Cuba en D.C. Lopez Paz

Partijen worden hierna FTA en Island Gaming genoemd.

1. De procedure

1.1 Voor hetgeen in eerste aanleg is gesteld en verzocht, voor de procesgang aldaar en voor de overwegingen en beslissingen van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (hierna: het Gerecht) wordt verwezen naar de tussen partijen in deze zaak gegeven en op 10 januari 2017 en 28 februari 2017 uitgesproken beschikkingen.

1.2 FTA heeft door indiening van een beroepschrift, ter griffie ingekomen op 11 april 2018, beroep ingesteld tegen de beschikking van 28 februari 2017. Zij heeft het beroep toegelicht en geconcludeerd dat het Hof de bestreden beschikking zal vernietigen, en opnieuw rechtdoende, haar vordering zal toewijzen, kosten rechtens.

1.3 Island Gaming heeft op 9 februari 2018 een verweerschrift ingediend, dat strekt tot bevestiging van de bestreden beschikking. Het verweerschrift komt ook op tegen een onderdeel van de beschikking van 28 februari 2017. Mr De Cuba heeft ter zitting verklaard dat geen incidenteel appel is ingesteld.

1.4 Op 20 februari 2018 heeft de mondelinge behandeling van de zaak plaatsgevonden. Namens FTA zijn daar verschenen T. Premu en S. Maduro, bijgestaan door mr. Figaró. Namens Island Gaming is verschenen M. Charley, managing director, bijgestaan door mr. De Cuba.

1.5 Beschikking is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1 The Millennium Resource Group N.V., (hierna: TMRG) heeft in het Occidental Hotel (thans Barcelo Hotel) een casino geëxploiteerd onder de naam Aura Casino. De ruimte werd gehuurd van Allegro Palm Beach VBA (hierna: Allegro), tevens de exploitant van het hotel en de houder van de exploitatievergunning voor het casino. Bij vonnis van het Gerecht van 2 december 2015 is TMRG veroordeeld om het gehuurde te ontruimen wegens, kort gezegd, een aanzienlijke huurachterstand. TMRG heeft het gehuurde kort daarna, te weten op 15 december 2015, verlaten.

2.2 Bij TMRG waren 44 werknemers in dienst, waaronder leden van FTA. Deze zaten na het abrupte vertrek van TMRG zonder werk.

2.3 In het voorjaar van 2016 zijn met verschillende partijen gesprekken gevoerd over de toekomst van het casino. Er was het land Aruba veel aan gelegen om het casino nieuw leven in te blazen, mede in het belang van de werknemers. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Landsbemiddelaar hebben zich actief met het zoeken naar een nieuwe exploitant bemoeid. Nadat twee andere kandidaten waren afgehaakt, is in mei 2016 Island Gaming als mogelijke exploitant in beeld gekomen.

2.4 In april 2016 heeft de SVB aan de werknemers van TMRG een cessantia-uitkering gedaan op grond van art. 4 lid 2 Cessantiaverordening, waarbij als "fictief einde dienstbetrekking" 15 december 2015 is opgenomen.

2.5. In dezelfde periode heeft Allegro de lobby van het hotel, waar het casino was gevestigd, verbouwd. Het vloeroppervlak van het casino is daardoor aanzienlijk verkleind. In de vrijgekomen ruimtes heeft Allegro andere horeca-activiteiten gehuisvest.

2.6 Op 7 juli 2016 hebben Island Gaming en Allegro een overeenkomst gesloten met betrekking tot de huur van de bedrijfsruimte en de exploitatie van het casino.

2.7 Op 19 augustus 2016 heeft Allegro het faillissement van TMRG aangevraagd. Bij beschikking van het Gerecht van 23 september 2016 is TMRG in staat van faillissement verklaard en is een curator benoemd. Eveneens op 19 augustus 2016 heeft FTA het inleidende verzoekschrift in deze procedure ingediend.

2.8 In november zijn de onderhandelingen tussen (de rechtsopvolger van) Allegro en Island Gaming weer op gang gekomen. Allegro bleek bereid om een korting te verlenen op de huur van de bedrijfsruimte. Uiteindelijk is in januari 2017 opnieuw

overeenstemming bereikt tussen Allegro en Island Gaming over de huur en de exploitatie van het casino. Zij hebben een nieuwe overeenkomst gesloten op basis waarvan Island Gaming het casino is gaan exploiteren. Op 15 februari 2017 heeft het door Island Gaming geëxploiteerde casino onder de naam LIV Casino zijn deuren geopend. De inrichting van het casino behoort in hoofdzaak toe aan Allegro en wordt eveneens gehuurd door Island Gaming.

2.9 Island Gaming heeft 26 van de werknemers van TMRG in dienst genomen. Island Gaming heeft tot november 2017 geen nieuw personeel in dienst genomen ter exploitatie van het casino. Met 11 (oud) werknemers heeft Island Gaming overeenstemming bereikt, die ertoe strekt dat zij tegen betaling van een bedrag ineens hun aanspraken jegens Island Gaming prijsgeven.

3. De beoordeling

3.1 FTA heeft gevorderd - kort gezegd - dat (voor zover thans nog van belang) voor recht wordt verklaard dat Island Gaming aansprakelijk is voor de voldoening van het salaris van de voormalige werknemers van TMRG vanaf de laatste salarisuitbetaling (15 december 2015) totdat de arbeidsovereenkomsten met hen rechtsgeldig zullen zijn beëindigd, alsmede dat Island Gaming veroordeeld wordt om dit salaris (door) te betalen, vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente.

3.2 Het Gerecht heeft de vorderingen van FTA afgewezen en daartoe overwogen dat van overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7A:1615dc BW geen sprake was.

3.3 Tegen dit oordeel is FTA in hoger beroep opgekomen. Zij heeft aangevoerd dat toetsing aan de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor de beoordeling van de vraag of van overgang van een onderneming in de hiervoor bedoelde zin sprake is, meebrengt dat dit wel het geval is. Island Gaming heeft betoogd dat toetsing aan die criteria ertoe leidt dat niet gesproken kan worden van overgang van een onderneming.

3.4 Island Gaming heeft verder de door haar in eerste aanleg gevoerde betwisting herhaald dat, nu TMRG failliet is verklaard, ingevolge het bepaalde in artikel 7A:1615dg BW op Island Gaming slechts de inspanningsverplichting rustte om aan zoveel mogelijk werknemers van TMRG een arbeidsovereenkomst aan te bieden en dat aan hieraan ruimschoots is voldaan. Ter onderbouwing van dit betoog heeft Island Gaming aangevoerd dat de op 7 juli 2016, dus vóór het faillissement van TMRG, met Allegro gesloten overeenkomst van rechtswege is ontbonden en dat de uiteindelijke huur-/exploitatieovereenkomst dateert van geruime tijd na het faillissement van Allegro. FTA heeft in reactie daarop gesteld dat de situatie van overname of voortzetting van een failliete onderneming of bedrijvigheid daarvan zich in dit geval niet heeft voorgedaan omdat TMRG ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van 7 juli 2016 nog niet failliet was. Volgens FTA is niet gebleken dat de overeenkomst van 7 juli 2016 is ontbonden.

3.5 Island Gaming heeft tot slot haar in eerste aanleg gevoerde verweer herhaald dat de arbeidsovereenkomsten met het personeel van het voormalige Aura casino als

gevolg van het staken van de exploitatie van het casino en de Cessantia uitkeringen van april 2016 reeds waren geëindigd. Volgens Island Gaming dient aangenomen te worden dat de werknemers hebben berust in het ontslag ten gevolge waarvan evenmin sprake kan zijn van een overgang van onderneming noch van een op Island Gaming rustende inspanningsverplichting.

3.6 Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger (art. 7A:1615dc BW). Onder overgang moet worden verstaan de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt (art. 7A:1615db lid 1 onder a BW). Op degene die een failliete onderneming dan wel de bedrijvigheid van een failliete onderneming heeft overgenomen dan wel na faillissement heeft voortgezet, rust de inspanningsverplichting om aan zoveel mogelijk werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst waren van de onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden (art. 7A:1615dg lid 1 BW). Deze bepaling is niet van toepassing – en de hiervoor bedoelde regeling geldt dus onverkort – als het doel van de faillissementsprocedure niet is de liquidatie van het vermogen van degene die de onderneming aanvankelijk dreef, maar de voortzetting van de activiteiten van de betrokken onderneming (vgl. HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369, FNV/Smallsteps).

3.7 Island Gaming heeft ter onderbouwing van haar betoog dat de overeenkomst van 7 juli 2016 is ontbonden een kopie overgelegd van het deel van de overeenkomst waarin de voorwaarden zijn opgenomen die volgens haar niet zijn vervuld. Een van die ontbindende voorwaarden was dat overeenstemming zou worden bereikt met FTA en de (voormalige) werknemers van TMRG. Een andere voorwaarde was dat de SVB de aan de werknemers uitbetaalde cessantia-uitkeringen niet op Island Gaming zou verhalen. Enige concrete weerlegging door FTA dat deze voorwaarden zijn overeengekomen is uitgebleven. Verder wijst alles erop dat aan deze voorwaarden inderdaad niet was voldaan binnen de daarvoor gestelde termijn van 90 dagen, en dat dit heeft geleid tot ontbinding van de overeenkomst: niet met alle werknemers is overeenstemming bereikt over een afkoopsom, FTA heeft beaamd dat SVB niet de bedoelde verklaring heeft afgegeven en niet in geschil is dat in november 2016 de onderhandelingen tussen Allegro en Island Gaming opnieuw zijn aangevangen, wat heeft geresulteerd in een nieuwe overeenkomst op andere voorwaarden. Daar komt bij dat FTA haar stelling dat wel uitvoering is gegeven aan de overeenkomst van 7 juli 2016 nauwelijks heeft onderbouwd. Als vaststaand wordt dan ook aangenomen dat die overeenkomst is ontbonden. Dit brengt mee dat de overeenstemming tot exploitatie van het casino door Island Gaming pas in januari 2017 is bereikt, ruim na het faillissement van TMRG dus.

3.8 Het Hof deelt niettemin niet de conclusie van Island Gaming dat in dit geval sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7A:1615dg BW. De strekking van dit voorschrift is dat indien het vermogen van de oorspronkelijke werkgever in een faillissement wordt geliquideerd en de onderneming in het kader van die liquidatie wordt overgenomen door een andere partij, de verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten niet van rechtswege overgaan, juist om de werknemer te beschermen tegen de ongewenste effecten van die overgang (vgl. HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, Abels, NJ 1985/900, rov. 23). In lijn hiermee vloeit voort uit artikel 5

lid 1 van de Richtlijn 2001/23, dat het daarbij moet gaan om overgang van een onderneming wanneer *de vervreemder* verwickeld is in een faillissementsprocedure, en houdt artikel 7:666 lid 1 BW NL in dat de onderneming die overgaat *moet behoren tot de boedel van de failliete werkgever* (cursiveringen door het Hof). Nu artikel 7A:1615dg BW, blijkens de Memorie van Toelichting¹, is geënt op artikel 7:666 BW NL, dat op zijn beurt weer de uitwerking is van artikel 5 Richtlijn 2001/23, en op dit onderdeel door de Arubaanse wetgever geen afwijkende regeling is beoogd², dient 7A:1615dg BW zo te worden uitgelegd dat een voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze uitzondering is dat de verkregen (onderdelen van de) onderneming tot de faillissementsboedel van de voormalige werkgever behoorde(n).

3.9 In dit geval ontbreken aanwijzingen dat de onderneming die Island Gaming al dan niet heeft voortgezet of bestanddelen daarvan, tot de faillissementsboedel van TMRG behoorde(n). Over de liquidatie van het vermogen van die vennootschap door de curator is in deze procedure niets bekend. Het feit dat TMRG kort na de veroordeling tot betaling van een substantiële huurschuld haar activiteiten abrupt heeft gestaakt, zich sindsdien niet meer heeft vertoond en zelfs geen bankrekening heeft achtergelaten (zie verweerschrift onder 14) doet vermoeden dat er geen baten van betekenis in de boedel zijn achtergebleven. Hoe dat ook zij, vast staat dat de verbintenissen van Island Gaming die volgens FTA hebben geleid tot overgang van de onderneming zijn aangegaan met Allegro en niet met de curator van TMRG.

3.10 Vervolgens is aan de orde de vraag of sprake is van overgang van een onderneming in de zin van artikel 7A:1639dc BW. Het Hof herhaalt het door het Gerecht vermelde toetsingskader:

“Uit de opzet van richtlijn nr. 77/187 en de bewoordingen van artikel 1, lid 1, blijkt ... dat de richtlijn ten doel heeft, ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen. Voor het antwoord op de vraag, of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, is dus het beslissende criterium, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft...[Er moet] worden onderzocht, of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elke afzonderlijk worden beoordeeld”.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit toetsingskader ook de Arubaanse wetgever voor ogen heeft gestaan³.

¹ MvT bij de Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (herziening arbeidsovereenkomstenrecht), AB 2013 no. 13, par. 4.

² MvT t.a.p., Artikelsgewijze toelichting, Artikel 1615dg.

³ MvT, t.a.p., Artikelsgewijze toelichting, Artikel 1615db.

3.11 In dit verband zijn onder meer de volgende omstandigheden van belang:

- na het vertrek van TMRG heeft de ruimte waarin het oude casino werd gedreven een jaar en twee maanden leeg gestaan;
- in die periode heeft Allegro de ruimte waarin het oude casino was gevestigd verbouwd, wat heeft geleid tot een aanzienlijke verkleining van het oppervlak van het casino; volgens de – onweersproken – verklaring van de managing director van Island Gaming, is het aantal speelafels terug gebracht van 12 naar 3 en het aantal slot machines van rond de 200-210 naar 119;
- de ruimte van het nieuwe casino is geschilderd in andere kleuren en het nieuwe casino heeft een andere naam gekregen;
- Island Gaming heeft nieuwe leidingen aangelegd, een online accounting systeem geïnstalleerd evenals een beveiligingssysteem, de bar heringericht en de computers gefaseerd vernieuwd;
- de exploitatievergunning voor het casino is in handen van Allegro, Island Gaming is voorgedragen als nieuwe exploitant en door het Land goedgekeurd;
- de operator van het hotel is in de loop van 2016 gewijzigd, gevolg daarvan was dat er nu meer 'gewone' hotelgasten zijn en minder time share gasten;
- alle 26 werknemers die in het nieuwe casino van start zijn gegaan, waren aanvankelijk werknemers van TMRG; zij zijn in het nieuwe casino dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden gaan uitvoeren als zij deden in het oude casino.

3.12 Over de identiteit van het oude casino is door partijen weinig naar voren gebracht. Het Hof neemt aan dat dit samenhangt met het feit dat er op Aruba vele casino's zijn, dat de meeste grotere hotels over een of meerdere casino's beschikken en dat de aangeboden faciliteiten in die casino's sterke overeenkomsten vertonen. Een en ander doet af aan de mate waarin de casino's van elkaar verschillen en dus ook van de mate waarin zij als onderneming een eigen identiteit hebben. Dat en waarom het oude casino een uitzondering zou vormen op deze regel, in die zin dat het oude casino een bijzondere plek innam in het Arubaanse aanbod van casino's en dus een sterkere eigen identiteit had, is door FTA niet gesteld.

3.13 Doordat na het sluiten van het oude casino gedurende 14 maanden geen casinoactiviteiten zijn verricht op de plaats van vestiging is de identiteit van het oude casino vervaagd. Daar komt bij dat zowel de naam van het hotel als de naam van het casino in de tussentijd zijn gewijzigd, wat verder afdoet aan de gedachte dat het nieuwe casino de voortzetting is van het oude casino. Hetzelfde geldt voor de verkleining van het nieuwe casino ten opzichte van het oude, zowel in oppervlakte als in het aantal speelafels en slotmachines, en voor de gewijzigde kleurstelling en de overige wijzigingen. Ter zitting heeft Island Gaming onweersproken aangevoerd dat de nieuwe operator van het hotel, Barcelo, het hotel anders exploiteert dan de vorige operator, namelijk meer als hotel en minder als time share en dat dit ook tot verandering van hotelgasten tot gevolg heeft. Dat van continuïteit van het klantenbestand in enige betekenisvolle vorm sprake is, is mede daardoor onvoldoende gebleken. Dit vindt bevestiging in het feit dat Island Gaming geen vergoeding voor goodwill heeft betaald.

3.14 Voor het aannemen van overgang van een onderneming pleit onder meer dat de werknemers van het nieuwe casino afkomstig zijn uit het oude casino, dat het casino gebruik maakt van gedeeltelijk dezelfde inventaris (waaronder speelafels en

slotmachines) en dat het nieuwe casino in dezelfde ruimte is gevestigd als het oude casino.

3.15 Alle omstandigheden van het geval afwegend is het Hof van oordeel dat van overgang van een onderneming in dit geval geen sprake is. Weliswaar zijn enkele kenmerkende elementen (locatie, personeel en inventaris) van het oude casino in het nieuwe casino gedeeltelijk teruggekeerd, maar van behoud van identiteit is om de in 3.12 genoemde redenen onvoldoende gebleken.

3.16 De bestreden beschikking zal dan ook worden bevestigd.

3.17 FTA zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep aan de zijde van Island Gaming. Deze kosten worden begroot op Afl. 6.000,- aan gemachtigdensalaris.

BESLISSING

Het Hof:

- bevestigt de bestreden beschikking,
- veroordeelt FTA in de proceskosten in hoger beroep aan de kant van Island Gaming, tot op heden begroot op Afl. 6.000,-.

Deze beschikking is gegeven door mrs. H.J. Fehmers, M.C.B. Hubben en M. Schoemaker, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, en ter openbare terechtzitting van het Hof in Aruba in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken op 22 mei 2018.

